

P. R. 16 LUG. 2019



Procura della Repubblica
presso il Tribunale di Agrigento

Il Funzionario di Pubblica Istruzione
Il Funzionario di Pubblica Istruzione

RICORSO PER CASSAZIONE

- Art. 606 c.p.p. -

I Pubblici Ministeri, *Dott. Luigi PATRONAGGIO e Dott.ssa Gloria ANDREOLI*, Sost.
Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Agrigento

Esaminati gli atti del procedimento penale indicato in epigrafe, nei confronti di:

- **RACKETE Carola**, nata l'8 maggio 1988 a Preetz Kreis Plön (Germania)

per il reato di cui agli:

- 1) art. 1100 cod. nav. Fatto commesso in Lampedusa il 29 giugno 2019.
- 2) art. 337 c.p. Fatto commesso in Lampedusa il 29 giugno 2019.

dichiarano di proporre

RICORSO PER CASSAZIONE

Avverso l'ordinanza emessa in data 2 luglio 2019, ore 20, dal Giudice per le Indagini Preliminari presso Tribunale di Agrigento nell'ambito del procedimento penale n. 3169/2019 Mod. 21 iscritto a carico di **RACKETE Carola**, con la quale il Giudice non ha convalidato l'arresto della predetta e conseguentemente ha rigettato la richiesta della misura cautelare avanzata da questo Ufficio con immediata liberazione e restituzione degli atti al Pubblico Ministero.

In particolare, viene proposto ricorso avverso le osservazioni in diritto e le valutazioni del GIP operate nell'ambito dell'Ordinanza indicata.

MOTIVI

1) Art. 606, lett. b), c.p.p. Erronea applicazione dell'art. 391, comma 4, c.p.p. e Art. 606, lett. e), c.p.p. Mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione relativa all'illegittimità dell'arresto.

Il Giudice nell'Ordinanza del 2 luglio 2019 non ha convalidato l'arresto in flagranza di RACKETE Carola per i reati di cui all'art. 1100 cod. nav. e 337 c.p. escludendo la natura di nave da guerra della motovedetta V.808 della Guardia di Finanza e, in ogni caso, ritenendo il fatto scriminato ex art. 51 c.p.

A tale riguardo si ritiene che la decisione del GIP sia errata in ragione della tipologia di controllo che egli è chiamato ad effettuare in sede di valutazione di legittimità dell'arresto in flagranza operato dalla PG.

In particolare, si evidenzia che, in occasione della convalida dell'arresto, il Giudice deve valutarne la legittimità accertando la sussistenza dei presupposti che consentono l'esecuzione della misura pre-cautelare.

Il GIP, quindi, in quella sede deve accertare se il titolo di reato consenta l'arresto, se sussista lo stato di flagranza, se siano stati rispettati i termini e se manchino manifeste cause di giustificazione.

Egli deve, cioè, valutare la legittimità dell'operato della polizia giudiziaria effettuando un controllo di ragionevolezza, essendo precluso, in quella fase, svolgere approfonditi apprezzamenti relativi alla responsabilità penale ovvero alla gravità indiziaria di colpevolezza.

Ne consegue che il giudizio sulla convalida debba essere limitato all'esame degli elementi di fatto esistenti al momento in cui il provvedimento è stato adottato, non potendosi tenere conto dei fatti emersi successivamente.

Nella specie il Giudice, nell'effettuare il controllo di ragionevolezza, deve porsi intellettualmente nella medesima posizione in cui si è trovata la Polizia Giudiziaria che ha eseguito l'arresto al fine di verificare se, sulla base degli elementi disponibili in quel momento, la valutazione degli operanti sia rimasta nei limiti di discrezionalità loro consentita.

Sul punto la giurisprudenza, pacificamente, afferma che *"In sede di convalida dell'arresto il gip è chiamato esclusivamente a valutare la sussistenza, con giudizio ex ante, degli elementi che legittimavano l'adozione del provvedimento, cioè se la situazione di osservazione e di intervento da parte della P.G. integrasse o meno la flagranza di un fatto "configurabile" come reato. A tal fine il Gip deve prendere in considerazione tutti i dati fattuali riferiti dalla PG, interpretandoli eventualmente anche alla luce degli altri elementi legittimamente esaminabili (interrogatorio, documenti difensivi), ma non può operare un autonomo processo selettivo-valutativo dei dati caratterizzanti la fattispecie per pervenire ad un giudizio sostanziale di gravità indiziaria, riservato esclusivamente al successivo e autonomo momento della eventuale applicazione di una misura cautelare. (Nell'affermare il principio di cui in massima la corte ha annullato il provvedimento con cui il gip aveva negato la convalida dell'arresto per spaccio di sostanze stupefacenti escludendo, nonostante la ricorrenza di alcuni elementi costituenti fumus di tale delitto, che le modalità del rinvenimento della sostanza fossero compatibili con la destinazione della stessa allo spaccio)"* (Cass. pen., Sez. 6, 20 giugno 1997, n. 2599).

E ancora "In tema di convalida dell'arresto facoltativo in flagranza, ferma la necessità della verifica dei requisiti formali, il giudice della convalida deve operare, rispetto ai presupposti sostanziali della stessa (gravità del fatto e personalità dell'arrestato), un controllo di mera ragionevolezza per il quale deve porsi nella stessa situazione in cui ha operato la polizia giudiziaria e verificare, sulla base degli elementi in tale momento conosciuti e conoscibili, se la valutazione di procedere all'arresto rimanga nei limiti della discrezionalità alla medesima P.G. riconosciuta, e pertanto se trovi ragionevole motivo nella gravità del fatto o nella pericolosità del soggetto, senza però poter sostituire ad un giudizio ragionevolmente fondato una propria differente valutazione, (Nella fattispecie - relativa al reato di ingresso illegale dello straniero nel territorio dello Stato di cui all'art. 12 D.Lgs. n. 286 del 1998 - la Corte, affermando il principio ha accolto il ricorso del PM avverso la mancata convalida da parte del GIP dell'arresto eseguito dalla PG, basata sulla tesi che il concetto di "ingresso illegale" non comprende l'ipotesi di mero transito dello straniero sul territorio dello Stato)" (Cass. pen., Sez. 1, 4 aprile 2006, n. 15296; in senso analogo Cass. Pen., Sez. VI, 24 febbraio 2015, n. 8341).

Alla luce di tali considerazioni, si ritiene nel caso in esame il GIP nel pronunciarsi sulla legittimità dell'arresto di RACKETE Carola abbia travalicato i limiti di approfondimento attinenti a tale fase, procedendo ad una autonoma valutazione dei dati in suo possesso e pervenendo ad un giudizio sostanziale sulla gravità indiziaria.

Nel caso di specie i titoli di reato consentivano l'arresto, esisteva lo stato di flagranza e venivano rispettati i termini di legge.

In ordine alla esistenza della causa di giustificazione, invece, richiamata dal GIP a sostegno del proprio percorso argomentativo sulla illegittimità dell'arresto, deve evidenziarsi che si è trattato di una valutazione su un quadro normativo definito dal GIP stesso come "complesso".

Questo singolo dato è sufficiente ad escludere che tale complessità abbia potuto essere valutata dalla PG in sede di arresto in flagranza, atteso che la sussistenza della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. nel caso di specie non sia stata *ictu oculi* emergente, ma frutto di articolate interpretazioni di diritto.

Altrettanto dicasi con riguardo alla esclusione della natura di "nave da guerra" con riferimento alla motovedetta V.808 della Guardia di Finanza, circostanza che ha indotto il GIP a ritenere insussistente il reato di cui all'art. 1100 cod. nav.

Se, quindi, il GIP avrebbe dovuto porsi in una prospettiva analoga a quella in cui si è trovata la PG al momento dell'arresto, non può ritenersi corretta la scelta operata sulla mancata convalida, atteso che essa è stata frutto di una complessa operazione ermeneutica del Giudice che certamente non avrebbe dovuto essere effettuata in sede di convalida dell'arresto.

A tale riguardo, infatti, deve ricordarsi che ai sensi dell'art. 385 c.p.p. il divieto di arresto sussiste solo quando, tenuto conto delle circostanze del caso, appaia che il fatto sia stato compiuto nell'adempimento di un dovere. Il concetto di apparenza, quindi, va necessariamente

interpretato come chiara manifestazione della sussistenza del dovere (su circostanze in parte diverse vds. Cass. pen., Sez. 2, 28 settembre 2004, n. 39894).

Nel corpo motivazionale dell'ordinanza impugnata il Giudice ha ritenuto di non convalidare l'arresto, senza però nulla argomentare né sulla ragionevolezza dello stesso, né sulla manifesta configurabilità della causa di giustificazione invocata, giungendo ad emettere un provvedimento di non convalida di arresto del tutto assente di motivazione sul punto.

A tale riguardo, si sottolinea come l'ordinanza si ponga in netto contrasto con il senso dell'art. 385 c.p.p. e con la relativa giurisprudenza, atteso che la sussistenza nel caso di specie della causa di giustificazione, lungi dall'essere manifesta al momento dell'arresto, ha richiesto oltre dieci pagine di motivazione e una articolata valutazione sulla normativa nazionale e sovranazionale per individuare il dovere scriminante.

Si ribadisce, ancora una volta, come le argomentazioni del GIP siano state del tutto fuori luogo in sede di convalida dell'arresto e contraddittorie, anche da un punto di vista logico, rispetto all'onere imposto al giudicante in quella sede.

La ricostruzione ermeneutica del GIP è, infatti, ex se inconciliabile con la manifesta apparenza della causa di giustificazione al momento dell'arresto in flagranza.

Del resto, la problematicità della questione affrontata, sulla quale la giurisprudenza a più livelli sta cercando di fare chiarezza, dimostra esattamente il contrario dell'evidenza in questo caso della scriminante invocata.

In virtù di quanto finora esposto, si rileva nel provvedimento del GIP il vizio di violazione di legge e la mancanza di motivazione, in quanto l'ordinanza impugnata non ha valutato correttamente i presupposti della misura pre-cautelare adottata nelle forme con le quali è chiamata a farlo, procedendo all'erronea non convalida dell'arresto in questione.

2) Art. 606, lett. b), c.p.p. Erronea applicazione dell'art. 1100 cod. nav. e Art. 606, lett. e), c.p.p. Mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione relativa alla qualità di nave da guerra.

Come anticipato, il GIP non ha convalidato l'arresto ritenendo, tra l'altro, che la motovedetta V.808 della Guardia di Finanza non possa qualificarsi come "nave da guerra".

Il Giudice, in particolare, ha sostenuto tale tesi richiamando la Sentenza della Corte Costituzionale n. 35/2000 nella quale, secondo l'opzione interpretativa prescelta dal GIP, le unità navali della Guardia di Finanza sono considerate navi da guerra solo "quando operano fuori dalle acque territoriali ovvero in porti esteri ove non vi sia una autorità consolare".

A tale riguardo, tuttavia, deve evidenziarsi come il testo della Sentenza n. 35/2000 citata, chiamata a pronunciarsi sull'ammissibilità del Referendum popolare relativo alla abolizione del carattere di corpo militare della Guardia di Finanza, non contiene la limitazione indicata dal GIP.

Nella specie, non risulta che la Corte Costituzionale abbia inteso limitare la qualità di "navi da guerra" delle unità navali della Guardia di Finanza ai soli casi in cui queste operino fuori dalle acque territoriali, ritenendosi, per contro, che l'elencazione fornita dalla Corte Costituzionale sia stata meramente esemplificativa e non esaustiva.

E' di tutta evidenza, conseguentemente, che l'affermazione del GIP sia stata frutto di autonoma interpretazione che non trova alcun appiglio nel testo della Sentenza della Corte Costituzionale.

Al contrario, si precisa che la giurisprudenza di legittimità in più casi ha qualificato le motovedette della Guardia di Finanza come "navi da guerra" (Cass. pen., Sez. 3, 14 giugno 2006, n. 31403).

La Corte di Cassazione del 2006, difatti, ha argomentato la sussistenza di questa qualifica dal fatto che le unità navali svolgono funzioni di polizia marittima, sono comandate ed equipaggiate da personale militare, nonché dal fatto che è lo stesso legislatore che indirettamente iscrive i navigli della Guardia di Finanza in questa categoria quando, nella l. 13 dicembre 1956, n. 1409, art. 6, punisce gli atti di resistenza o di violenza contro tale naviglio con le stesse pene stabilite dall'art. 1100 c.n., per la resistenza e violenza contro una nave da guerra.

La Corte, peraltro, in quel caso, ha addirittura ritenuto irrilevante che il Giudice di merito in quel procedimento non avesse positivamente verificato se la motovedetta fosse iscritta nell'apposito ruolo del naviglio militare e se recasse il segno distintivo del corpo militare (bandiera).

Questi riscontri, per inciso, sono stati effettuati rispetto alla motovedetta V.808 della Guardia di Finanza.

Ad ulteriore conferma della natura di nave da guerra della V.808, si richiama anche la più risalente giurisprudenza di legittimità secondo cui "una motovedetta armata della Guardia di Finanza, in servizio di polizia marittima, deve essere considerata nave da guerra" (Cass. pen., Sez. 3, 30 giugno 1987, n. 9978).

Nel caso di specie la motovedetta V.808 della Guardia di Finanza:

- a) è iscritta nel naviglio militare dello Stato ai sensi dell'art. 243 Codice dell'Ordinamento Militare;
- b) reca le insegne militari e del Corpo di appartenenza, quali colore, scritta, bandiera e guidone;
- c) il Comandante è un Maresciallo Ordinario della Guardia di Finanza e riveste lo status militare al pari di tutti gli appartenenti al Corpo;
- d) è armata con dispositivi di armamento individuali e di reparto di tipo militare.

Si ritiene, pertanto, contrariamente a quanto affermato dal GIP ai fini dell'esclusione della legittimità dell'arresto per il reato di cui all'art. 1100 cod. nav., che la motovedetta in argomento sia da qualificare come "nave da guerra" e che, di conseguenza, errata fosse l'esclusione da parte del GIP della configurabilità del reato di resistenza o violenza contro nave da guerra.

Si precisa, infatti, che al momento dell'arresto della RACKETE la motovedetta V.808 della Guardia di Finanza stava svolgendo funzioni di polizia marittima intese come complesso di attività volte a garantire un pacifico, ordinato e sicuro svolgimento delle attività nell'ambito portuale e del mare territoriale a carattere "preventivo" e "repressivo" (art. 524 reg. cod. nav.)

Si evidenzia come, dopo aver riportato sinteticamente il contenuto della Sentenza della Corte Costituzionale, il GIP non abbia operato nessuna valutazione sugli elementi di fatto e di diritto offerti dal Pubblico Ministero, né sulla giurisprudenza di legittimità esistente in relazione alla nozione di "nave da guerra" e, pertanto, sulla scorta di tali argomentazioni il provvedimento del GIP risulta viziato per violazione di legge, mancanza e contraddittorietà di motivazione.

In via del tutto residuale, si deve ricordare che pur ritenendo insussistente il reato di cui all'art. 1100 cod. nav. il GIP avrebbe dovuto convalidare l'arresto per il reato di cui all'art. 337 c.p. - ritenuto configurato nel caso di specie - atteso che, sul punto, la giurisprudenza afferma che *"I reati di resistenza a pubblico ufficiale e resistenza e violenza contro nave da guerra debbono considerarsi autonomi e distinti non solo nei loro elementi costitutivi, ma anche con riguardo all'interesse protetto, in quanto la prima afferisce alla tutela fisica del pubblico ufficiale soggettivamente individuato, mentre le altre, proprio per la loro collocazione legislativa, attengono alla sicurezza ed alla disciplina della navigazione con riguardo in particolare alla polizia marittima ed allo "jus imperi" esercitato dallo stato in un ambiente come quello Marino nel quale esso più agevolmente può essere eluso"* (Cass. pen., Sez. 3, 16/12/1987, n. 1988).

3) Art. 606, lett. b), c.p.p. Erronea applicazione dell'art. 51 c.p.; Art. 606, lett. e), c.p.p. Mancanza, contraddittorietà e manifesta illogicità della motivazione relativa alla sussistenza della causa di giustificazione dell'adempimento del dovere.

Come anticipato, il GIP non ha convalidato l'arresto ritenendo, tra l'altro, che RACKETE Carola abbia posto in essere le condotte oggetto di contestazione nell'adempimento del dovere di soccorrere i migranti.

Preliminarmente, deve precisarsi che l'erronea motivazione del GIP è derivata dalle premesse con le quali egli ha proceduto a valutare la legittimità della condotta della RACKETE. In particolare, egli nelle prime frasi dell'Ordinanza ha ritenuto che *"Il fatto contestato all'indagata Carola RACKETE non può essere atomisticamente esaminato, ma deve essere vagliato unitamente ed alla luce di ciò che lo precede, ossia il soccorso in mare e gli obblighi che ne scaturiscono"*.

Si ritiene, al contrario, che, proprio per la scelta di questo Pubblico Ministero di contestare all'indagata nel procedimento per cui è stato effettuato l'arresto in flagranza soltanto i reati di cui all'art. 1100 cod. nav. e 337 c.p., la premessa del GIP abbia viziato integralmente il percorso motivazionale.

Con la premessa operata dal GIP, difatti, sono stati totalmente confusi i piani delle contestazioni operate e le relative conseguenze in ordine all'applicabilità della scriminante invocata dal GIP a sostegno della declaratoria di illegittimità dell'arresto.

Occorre sin da subito evidenziare, infatti, che non si ritiene che la scriminante di cui all'art. 51 c.p., per le concrete modalità di svolgimento dei fatti e per la situazione oggettivamente esistente al momento dell'arresto, possa essere applicata alla condotta di RACKETE Carola.

A tal proposito, invero, bisogna ricondurre le considerazioni relative alla legittimità dell'arresto a ciò che è stato oggetto di contestazione, ribadendo che le condotte attribuite all'indagata, nel procedimento dell'arresto in flagranza, sono limitate soltanto alle azioni immediatamente antecedenti all'ingresso nel porto di Lampedusa, momento in cui la Sea Watch 3 era già in acque nazionali, attraccata alla fonda al largo del Porto di Lampedusa.

Nessuna contestazione, in sede di arresto in flagranza, è stata effettuata con riguardo all'ingresso della moto nave Sea Watch 3 nelle acque territoriali dopo il soccorso dei migranti a seguito dell'evento SAR. Con riguardo a tale condotta, è bene ricordarlo, esiste altro autonomo e separato procedimento presso la Procura della Repubblica di Agrigento in fase di indagini preliminari.

Fatta questa doverosa premessa volta ad escludere dal campo delle valutazioni pertinenti ciò che non è stato oggetto di contestazione, occorre tuttavia concentrarsi su quello che è stato l'iter argomentativo del GIP. Quindi, per semplificare la comprensione delle argomentazioni che verranno offerte per sostenere l'erroneità della motivazione dell'Ordinanza impugnata, si indicano sinteticamente quelli che saranno i punti affrontati più avanti:

- a) analisi della ricostruzione normativa offerta dal GIP da cui viene fatto discendere il "dovere di soccorso e di assistenza ai naufraghi" e relative conseguenze;
- b) nozione di soccorso e momento in cui può ritenersi soddisfatto il relativo dovere;
- c) applicabilità della scriminante e valutazione dei relativi limiti;
- d) considerazioni incidentali relative alla legittimità dell'ordine impartito dalla Guardia di Finanza alla RACKETE Carola e soluzione adottata dal GIP.

a) Analisi della ricostruzione normativa offerta dal GIP da cui viene fatto discendere il "dovere di soccorso e di assistenza ai naufraghi" e relative conseguenze

Come già evidenziato, il GIP ha fatto derivare il dovere di soccorso ai migranti da un reticolato di norme nazionali ed internazionali che affermano il dovere di prestare soccorso ed assistenza ai soggetti che si trovino in condizioni di difficoltà in mare.

A tale riguardo egli ha invocato gli artt. 18 e 19 della Convenzione di Montego Bay, l'art. 98 della Convenzione UNCLOS, la Convenzione c.d. SOLAS, la Convenzione SAR, introdotti nell'ordinamento nazionale con l'art. 117 Cost. e - quanto agli aspetti consuetudinari - con l'art. 10 Cost., nonché l'art. 1158 cod. nav.

Quindi, dopo aver riportato testualmente gli artt. 18 e 19 della Convenzione di Montego Bay e l'art. 10 ter D. Lgs. 286/1998 ed aver approfondito le valutazioni di fatto, l'Ordinanza ha affermato che: *"la Convenzione di Amburgo del 1979 prevede che gli sbarchi dei naufraghi soccorsi in mare debbano avvenire nel "porto sicuro" più vicino al luogo di soccorso. Questo significa che le persone tratte in salvo devono essere portate dove:*

- 1) la sicurezza della vita dei naufraghi non è più in pericolo;*

2) le necessità primarie (cibo, alloggio e cure mediche) sono assicurate;

3) può essere organizzato il trasferimento dei naufraghi verso una destinazione finale" (pag. 9 dell'Ordinanza).

Incidentalmente, si evidenzia che in tutta l'Ordinanza nell'applicare il concetto di "place of safety" il GIP si è riferito alternativamente, facendo confusione, al concetto "posto sicuro", ovvero a quello di "porto sicuro".

A questo punto, quindi, il GIP ha affrontato tutta una serie di valutazioni in ordine alla condotta di RACKETE Carola relativa al lasso di tempo intercorso tra il salvataggio dei migranti in acque internazionali e l'ingresso in acque nazionali – peraltro fondando per buona parte le proprie argomentazioni sulle dichiarazioni dell'indagata.

Quindi, dopo aver approfondito la situazione venutasi a determinare dopo la decisione della RACKETE di entrare in acque italiane (richieste di sbarco, istanze al TAR ed alla CEDU, evacuazioni mediche dei soggetti in difficoltà e sosta durata due giorni nelle acque nazionali in attesa della promessa soluzione politica), facendo applicazione dell'art. 18 Convenzione di Montego Bay e dell'art. 10 ter T. U. Immigrazione, è giunta a valutare l'idoneità a comprimere gli obblighi del Comandante della Sea Watch 3 e delle autorità nazionali delle direttive ministeriali e del provvedimento ex art. 11 ter T.U. Immigrazione.

In particolare, il GIP ha affermato che "in forza della natura sovraordinata delle fonti convenzionali e normative sopra richiamate, nessuna idoneità a comprimere gli obblighi gravanti sul capitano della Sea Watch 3, oltre che delle autorità nazionali, potevano rivestire le direttive ministeriali in materia di 'porti chiusi' o il provvedimento (del 15 giugno 2019) del Ministro degli Interni di concerto con il Ministro della Difesa e delle Infrastrutture (ex art. 11, comma 1 ter, T.U. Immigrazione) che faceva divieto di ingresso, transito e sosta alla nave Sea Watch 3, nel mare territoriale nazionale" (pag. 11 Ordinanza).

La conclusione cui è pervenuto il GIP si ritiene contraddittoria, errata e non adeguatamente motivata, anche per le ragioni che verranno esposte più avanti.

b) nozione di soccorso e momento in cui può ritenersi soddisfatto il relativo dovere

Chiarite le fonti da cui deriva il dovere di soccorso, il GIP, però, dopo aver affrontato nobili e controversi argomenti di principio – del tutto irrilevanti nel caso di specie – ha ommesso di giungere alle necessarie considerazioni che il suo percorso argomentativo richiedeva.

In particolare, volendo ritenere in astratto pertinente la valutazione dell'obbligo di soccorso – circostanza invero non introdotta neppure dalla difesa dell'indagata tra gli argomenti a suo favore – il Giudicante ha ommesso di completare il proprio ragionamento.

Si ritiene cioè che il GIP avrebbe dovuto chiedersi se, al momento dell'arresto, il dovere di soccorso potesse ritenersi già adempiuto o meno.

Per far ciò, quindi, nell'Ordinanza del 2 luglio 2019 si sarebbe dovuta sindacare la nozione di "soccorso" e verificare se rispetto alla condotta contestata, il dovere di soccorso invocato potesse avere efficacia scriminante.

A tale riguardo, questo Pubblico Ministero ritiene che per individuare la nozione di soccorso debba farsi riferimento ad una valutazione non in astratto, bensì in concreto.

Si crede, infatti, che il soccorso consista nella conduzione dei naufraghi in un *"place of safety"*, la cui adeguatezza debba essere valutata rispetto alla materialità del caso.

Ne consegue, senza voler anticipare le considerazioni che verranno approfondite più avanti, che per valutare l'avvenuto adempimento del dovere di soccorso, non sia possibile apoditticamente far riferimento ad un concetto astratto, bensì occorra riferirsi alla realtà determinatasi.

Astrattamente, le valide alternative che possono ipotizzarsi in ordine alla individuazione di un *"place of safety"* sono due:

- conduzione dei naufraghi a terra;
- conduzione dei naufraghi in un luogo che, per specifiche caratteristiche, consenta di offrire adeguata assistenza agli stessi, escludendo imminenti pericoli di danno grave.

Invero, Questo Ufficio, come già anticipato, è a conoscenza delle problematiche agitate dalla difesa dell'indagata circa il fatto che i porti libici non siano da considerarsi "porti sicuri" e che la Zona SAR libica non appare efficacemente presidiata e, tuttavia, si rileva che tali circostanze verranno prese in considerazione nel separato ed autonomo procedimento nei confronti dell'indagata per la violazione dell'art. 12 T.U. Immigrazione.

Naturalmente, appare evidente che la soluzione ottimale vada individuata nella conduzione a terra dei naufraghi, tuttavia, ci si chiede se la condotta esigibile nei confronti di un privato che operi il dovuto salvataggio in mare, debba necessariamente giungere fino alla loro conduzione a terra - in violazione di una normativa nazionale allo stato legittima e vigente con esposizione a rischio della vita degli operatori della Guardia di Finanza e degli stessi migranti -, ovvero se possa ritenersi soddisfacente anche la conduzione in un luogo idoneo a garantire una condizione di sicurezza e di assistenza adeguata dei soggetti salvati.

In questo secondo senso, invero, sembrerebbe orientarsi la stessa Convenzione di Amburgo del 1979 c.d. SAR richiamata dal GIP a pag. 9 dell'Ordinanza nel punto in cui afferma che *"le persone tratte in salvo devono essere portate dove:"*

- 1) *la sicurezza della vita dei naufraghi non è più in pericolo;*
- 2) *le necessità primarie (cibo, alloggio e cure mediche) sono assicurate;*
- 3) *può essere organizzato il trasferimento dei naufraghi verso una destinazione finale"*

Ciò anche in considerazione del fatto che la normativa sovranazionale non sembra fare stretto riferimento ad un *"porto sicuro"*, bensì al diverso concetto di *"posto sicuro"*, non ravvisandosi in tale concetto un assoluto e inequivocabile significato di *"terra ferma"*.

Sul punto, assumono interessante rilievo anche le linee guida relative alle Convenzioni SAR e SOLAS che al par. 6.14 affermano che *"A place of safety may be on land, or it may be aboard*

a rescue unit or other suitable vessel or facility at sea that can serve as a place of safety until the survivors are disembarked to the next destination".

Sembrerebbe, in conclusione che per l'individuazione di un *"place of safety"* non debba necessariamente farsi riferimento alla terra ferma, ma possa anche alternativamente identificarsi come tale un luogo ove sia assicurata l'assistenza primaria e la sicurezza temporanea fino alla conduzione dei naufraghi nel luogo di definitivo sbarco.

c) applicabilità della scriminante e valutazione dei relativi limiti

Le argomentazioni appena affrontate servono ad introdurre il ragionamento che deve essere svolto in ordine alla configurabilità ed ai limiti della scriminante di cui all'art. 51 c.p. rispetto al caso di specie.

In particolare, visto il significato che può essere attribuito al dovere di soccorso, bisogna valutare la valenza della scriminante invocata rispetto al caso che ci occupa.

Si ritiene cioè che, pur essendo evidentemente la conduzione a terra dei naufraghi la soluzione ottimale, non possa escludersi apoditticamente che la loro adeguata messa in sicurezza non consenta di ritenere già soddisfatto il dovere di soccorso.

Se a ciò si aggiunga che nel lasso di tempo in esame risulta fossero state avviate trattative internazionali da parte degli organi governativi, volte al ricollocamento dei migranti, la valutazione della concreta condotta dell'indagata appare connotarsi in senso decisamente negativo.

Al contrario, vista la gravosa valenza che una scriminante opera nel sistema penalistico, non può ragionevolmente ritenersi che la mera astratta sussistenza di una causa di giustificazione possa *ex se* escludere l'antigiuridicità di una condotta, prescindendo dalla valutazione del caso concreto.

Si ritiene, infatti, che, esattamente come per tutte le altre cause di giustificazione, anche per la scriminante di cui all'art. 51 c.p. debbano esistere dei limiti da valutare con riguardo al caso in concreto.

Non sarebbe razionale escludere automaticamente l'antigiuridicità di una condotta perché essa è avvenuta in adempimento di un dovere, senza considerare i limiti intrinseci ed estrinseci relativi a tale adempimento, nonché senza valutare nel complesso i beni che l'ordinamento giuridico intende tutelare.

Calando tali valutazioni nel caso di resistenza operata dalla RACKETE Carola si dubita che l'adempimento del dovere di soccorso dei migranti – soccorso in mare avvenuto circa quindici giorni prima dell'arresto – possa giungere a scriminare anche la condotta del 29 giugno 2019.

Ciò non perché si vuol sposare l'idea che sia corretto e conforme ai principi internazionali lasciare i migranti a bordo di una imbarcazione alla fonda, ma perché dal punto di vista giuridico occorre tenere conto della concretezza dei fatti e del bilanciamento degli interessi in gioco.

Si ritiene, in altre parole, che nel fare applicazione della causa di giustificazione di cui all'art. 51 c.p. debba necessariamente essere valutata in concreto sia la rilevanza del dovere da adempiere, sia la rilevanza del pericolo cui si espongono gli altri beni tutelati dall'ordinamento.

Ciò non vuol dire che il dovere debba o possa essere disatteso, ma al contrario che ai fini dell'esplicazione dell'effetto scriminante occorra valutarne la proporzionalità rispetto al pericolo che si rischia di cagionare.

Queste argomentazioni mirano ad affermare che, nel caso di specie, se il soccorso poteva ritenersi già adeguatamente avvenuto, in quanto i migranti non erano più esposti ad un pericolo imminente per la loro vita e per la loro incolumità, non poteva ragionevolmente ritenersi giustificata l'azione di forza della RACKETE che, per attuare nella maniera ottimale un dovere, espose con la propria manovra di schiacciamento della motovedetta V.808 verso la banchina, a concreto pericolo sia i migranti, che l'equipaggio della motovedetta.

Tali valutazioni non sono state minimamente prese in considerazione dal GIP che si è limitato ad affermare, *tout court*, che legittimamente RACKETE Carola avesse agito poiché spinta dal dovere di soccorrere i migranti. L'impostazione offerta dal GIP sembra banalizzare gli interessi giuridici coinvolti nella vicenda e non appare condivisibile la valutazione semplicistica offerta del Giudicante.

Secondo questo Pubblico Ministero, il GIP per poter affermare l'efficacia della scriminante individuata nel caso di specie, dopo aver affrontato il significato del dovere di salvataggio, avrebbe dovuto svolgere valutazioni a più livelli.

In primo luogo, ritenendo che il dovere di soccorso dei migranti terminasse esclusivamente con la loro conduzione a terra, il GIP avrebbe dovuto valutare se tale scriminante potesse operare indistintamente, ovvero se la possibilità di adempiere il prescritto dovere con modalità alternative, potesse comunque condurre a ritenere scriminata la condotta.

In altri termini, si ritiene che il GIP avrebbe dovuto valutare se la circostanza che RACKETE Carola avrebbe potuto condurre a terra i migranti con modalità alternative, ad esempio a mezzo delle scialuppe di bordo – possibilità, del resto, prospettata dalla stessa –, adempiendo in tal modo il proprio dovere con evidente minor pericolo sia per i migranti a bordo della Sea Watch 3, sia per la PG operante, potesse comunque consentire l'applicabilità della scriminante di cui all'art. 51 c.p.

Tale valutazione non veniva in alcun modo effettuata dal GIP della convalida.

In secondo luogo, in ossequio al richiamo effettuato alla Convenzione SAR, il GIP avrebbe dovuto anche valutare se il dovere di soccorso potesse ritenersi adeguatamente soddisfatto con la messa in sicurezza dei naufraghi e con la loro conduzione a bordo della Sea Watch 3.

In questo caso, egli avrebbe dovuto escludere l'efficacia scriminante dell'art. 51 c.p., non potendosi ritenere che nella valutazione complessiva ed in concreto del caso la valenza scriminante potesse spingersi fino ad escludere l'antigiuridicità dell'atto di forza nei confronti della motovedetta V.808.

Un ragionamento alternativo, infatti, condurrebbe ad una contraddizione di sistema. Si dovrebbe cioè ritenere che pur non esistendo un pericolo assoluto ed imminente per i migranti comportante un immediato dovere di condurli a terra, si potesse comunque ritenere scriminata la messa in pericolo dei beni giuridici tutelati dagli artt. 1100 cod. nav e art. 337 c.p. e quindi la sicurezza della navigazione, la vita dei pubblici ufficiali operanti, nonché la vita degli stessi migranti.

Sul punto, infatti, non può non ricordarsi che nel caso di specie, i migranti, dopo il salvataggio, si trovavano a bordo della Sea Watch 3 dove venivano costantemente monitorati ed assistiti da personale sanitario e dalle Forze dell'Ordine.

Del resto, la circostanza che non vi fosse alcuno stato di necessità è emersa sia dall'Ordinanza del GIP – che nessuna scriminante riconosceva a tal proposito –, sia dal pronunciamento della CEDU reso nel caso di specie.

La condizione di stabilità, ancorché precaria in cui versava la Sea Watch 3, pur non potendo consentire di giungere ad affermare che i migranti avrebbero potuto essere lasciati a bordo dell'imbarcazione *sine die*, non può non assumere rilevanza in ordine alla configurazione dell'art. 51 c.p.

Vero è che i migranti dovevano essere condotti a terra, ma ciò non può consentire di giungere all'affermazione che tale obbligo doveva essere soddisfatto in quel preciso momento e con quelle precise modalità, considerato che la situazione concreta non determinava imminente pericolo per i migranti e che costoro, dopo essere stati soccorsi in mare, si trovavano già in un posto sicuro.

Tali valutazioni non vengono in alcun modo affrontate dall'Ordinanza del 2 luglio 2019.

Tanto chiarito, si evidenzia poi che l'Ordinanza del GIP appare ancora errata nel punto in cui intende far discendere il dovere di conduzione a terra dei migranti dall'art. 10 ter D. lgs. 286/1998.

Secondo il giudicante, difatti, quella norma ha affermato il dovere di soccorso in capo al Comandante della Sea Watch 3, inteso come dovere di condurre a terra i naufraghi, atteso che l'art. 10 ter D. lgs. 286/1998 prevede che "Lo straniero rintracciato in occasione dell'attraversamento irregolare della frontiera interna o esterna ovvero giunto nel territorio nazionale a seguito di operazioni di salvataggio in mare è condotto per le esigenze di soccorso e di prima assistenza presso appositi punti di crisi allestiti nell'ambito delle strutture di cui al decreto-legge 30 ottobre 1995, n. 451, convertito, con modificazioni, dalla legge 29

dicembre 1995, n. 563, e delle strutture di cui all'articolo 9 del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142. Presso i medesimi punti di crisi sono altresì effettuate le operazioni di rilevamento fotodattiloscopico e segnaletico, anche ai fini di cui agli articoli 9 e 14 del regolamento UE n. 603/2013 del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 giugno 2013 ed è assicurata l'informazione sulla procedura di protezione internazionale, sul programma di ricollocazione in altri Stati membri dell'Unione europea e sulla possibilità di ricorso al rimpatrio volontario assistito".

Orbene, si ritiene che il richiamo operato non colga nel segno posto che evidentemente l'art. 10 ter D. Lgs. 286/1998 deve ritenersi rivolto, anche alla luce della sua collocazione sistematica, alle Autorità Nazionali e non già al Comandante della privata imbarcazione.

Si evidenzia del resto che a tal riguardo la stessa Ordinanza risulta fare confusione, in punti diversi, in ordine alla riferibilità soggettiva di siffatto dovere, attribuendolo in alcuni passaggi all'Autorità Nazionale, in altri alla RACKETE.

Volendo sintetizzare quanto sin qui affermato, si ritiene che la scriminante richiamata dal GIP per dichiarare l'illegittimità dell'arresto non possa essere invocata nel caso di specie perché:

- a) l'esigibile dovere di soccorso era già temporaneamente soddisfatto con la conduzione dei migranti a bordo della Sea Watch 3 intesa come *"place of safety"* ed avuto altresì riguardo alla circostanza che le autorità governative seguivano il caso per risolverlo in sede internazionale. Pertanto, la condotta di resistenza contestata all'indagata non poteva ritenersi scriminata in virtù dell'art. 51 c.p., anche in considerazione del fatto che nel momento dell'azione di forza della RACKETE la vita e l'integrità fisica della persone a bordo della Sea Watch 3 non erano in concreto ed imminente pericolo. Al contrario, la condotta dell'indagata determinava un concreto rischio per la tutela dei soggetti coinvolti nella vicenda che si analizza.
- b) In alternativa, volendo ritenere che il dovere di soccorso terminasse - senza alcuna possibilità di graduazione - soltanto con la sua attuazione ottimale e, quindi, solo con la conduzione dei migranti sulla terra ferma, il GIP avrebbe dovuto valutare se fosse ragionevole un'applicazione indistinta della scriminante, ovvero se dovesse essere operata una valutazione di proporzionalità. In particolare, il GIP doveva tener conto, nel fare applicazione dell'art. 51 c.p., del fatto che il dovere esigibile dalla RACKETE poteva essere adempiuto attraverso condotte alternative che potevano in concreto determinare minor pericolo per i beni giuridici tutelati dall'Ordinamento. L'azione dovuta, infatti, doveva pur sempre avvenire nel rispetto dei limiti estrinseci esistenti nell'ordinamento e di una valutazione del pericolo concreto che la condotta determinava.

d) considerazioni incidentali relativi alla legittimità dell'ordine impartito dalla Guardia di Finanza alla RACKETE Carola e soluzione adottata dal GIP

In via residuale, si vuole evidenziare che all'esito delle articolate considerazioni del GIP, l'Ordinanza ha valutato la legittimità dell'ordine imposto dalla Guardia di Finanza alla Sea Watch 3 che le ha intimato l'alt anche alla luce dell'art. 11, comma 1 ter, D. Lgs. 286/1998, come introdotto dal D. L. 53/2019.

Sul punto, deve ricordarsi che RACKETE Carola, dopo aver ricevuto ordini di alt con divieto di fare ingresso nel Porto si è determinata a compiere un atto di forza violando i divieti imposti, con le modalità concrete meglio descritte nella richiesta di convalida dell'arresto, cui si rinvia integralmente.

Il GIP nella sua Ordinanza ha fatto discendere l'ordine di alt intimato alla RACKETE dalla Guardia di Finanza direttamente dall'art. 11, comma 1 ter, D. Lgs. 286/1998, non valutando se potesse ritenersi che il divieto fosse collegato anche ad altre ragioni quali, ad esempio, esigenze di sicurezza e di ordine della navigazione, nonché derivanti dai vincoli derivanti dalla vicinanza al Porto dell'aeroporto.

Di conseguenza, essendo stata ritenuta la fonte sia del divieto, che del conseguente provvedimento amministrativo l'art. 11, comma 1 ter, D. Lgs. 286/1998, l'Ordinanza del 2 luglio 2019 ha affermato che "Su tale quadro normativo [ndr normativa nazionale ed internazionale] non si ritiene possa incidere l'art. 11 comma ter D. Lgs. 286/1998 (introdotto dal D.L. n. 53/2019): difatti, ai sensi di detta disposizione, il divieto interministeriale da essa previsto (di ingresso, transito e sosta) può avvenire, sempre nel rispetto degli obblighi internazionali dello Stato, solo in presenza di attività di carico o scarico di persone in violazione delle leggi vigenti nello Stato Costiero, fattispecie qui non ricorrente vertendosi in una ipotesi di salvataggio in mare in caso di naufragio.

Peraltro, l'eventuale violazione del citato art. 11 comma 1 ter – si ribadisce sanzionata in sola via amministrativa – non fa venir meno l'inderogabile disposto di cui all'art. 10 ter del Dlgs 286/1998, avente ad oggetto l'obbligo di assicurare il soccorso, prima, e la conduzione presso gli appositi centri di assistenza, poi" (pag. 12 dell'Ordinanza).

L'operazione ermeneutica del GIP appare totalmente errata perché:

- innanzitutto, egli afferma che l'ordine di alt derivi dall'art. 11, comma 1 ter, D. Lgs. 286/1998, non valutando se esso sia o meno diretta conseguenza di tale disposizione;
- in secondo luogo, reputa apoditticamente illegittimo il provvedimento amministrativo di alt reso dalla Guardia di Finanza nei confronti della RACKETE prima dell'accesso al porto;
- in terzo luogo, ritiene di dover disapplicare l'art. 11, comma 1 ter, D. Lgs. 286/1998 al caso di specie.

In punto di legittimità del divieto di accesso al Porto di Lampedusa imposto alla RACKETE, ritenuto dal GIP direttamente derivante dall'art. 11, comma 1 ter, D. Lgs. 286/1998, non può tacersi che il TAR pronunciandosi nel merito della vicenda in sede cautelare, non rilevava

alcuna illegittimità del provvedimento ex art. 11, comma 1 ter, D. Lgs. 286/1998 notificato a RACKETE Carola.

Al momento della condotta del 29 giugno 2019, pertanto, il dato oggettivo esistente era che la Guardia di Finanza legittimamente intimava gli atti alla RACKETE.

Non bisogna poi dimenticare che le valutazioni del GIP sono inserite nell'ambito di una convalida di arresto e, pertanto, dovendo in quella sede porsi il GIP nella medesima posizione in cui si è trovata la PG procedente, non si sarebbe dovuta valutare la legittimità o meno di un provvedimento amministrativo che, per quanto a conoscenza della PG – anche alla luce del pronunciamento del TAR – poteva ritenersi in quel momento legittimo.

Prescindendo dalle valutazioni in ordine alla conformità o meno dell'art. 11, comma 1 ter, D. Lgs. 286/1998 rispetto all'Ordinamento, quello che è stato chiesto al GIP è stato soltanto di valutare la legittimità dell'operato della PG nello stretto momento collegato all'arresto.

A ciò si aggiunga, del resto, che se il GIP avesse voluto ritenere che la normativa di cui all'art. 11, comma 1 ter, D. Lgs. 286/1998 fosse in contrasto con la Costituzione, per tutte le ragioni richiamate nell'Ordinanza in merito alla gerarchia delle fonti, lungi dal poter disapplicare una norma interna autonomamente – non esistendo nel nostro ordinamento un controllo di costituzionalità diffuso –, avrebbe dovuto ex art. 23 della L. 87/1953 sospendere le proprie valutazioni e trasmettere alla Corte Costituzionale gli atti in attesa di una interpretazione costituzionalmente conforme della questione.

Si è pienamente consapevoli della complessità delle questioni sollevate, specie in relazione ad un provvedimento che si limita ad impugnare la convalida di arresto, tuttavia, tale esigenza si è resa necessaria per il fatto che tutte le argomentazioni affrontate venivano poste dal GIP a sostegno della mancata convalida del provvedimento pre-cautelare.

Conseguentemente, in ossequio a tutte le argomentazioni offerte, l'ordinanza di non convalida dell'arresto del GIP è risultata essere viziata per violazione di legge, mancanza e contraddittorietà della motivazione, in quanto, dopo aver operato complesse valutazioni in diritto, in una sede non a ciò deputata, non ha provveduto correttamente a valutare gli elementi di fatto e di diritto relativi alla configurabilità della causa di giustificazione, né ha motivato adeguatamente le ragioni per le quali ha ritenuto di applicarla nel caso di specie.

P.Q.M.

Voglia l'Ecc.ma Corte di Cassazione adita, in accoglimento del presente ricorso, annullare per le sopra esposte ragioni l'ordinanza emessa dal Giudice per le Indagini Preliminari presso Tribunale di Agrigento in data 2 luglio 2019, con ogni conseguente pronuncia e statuizione di legge.

Si allega copia integrale del Fascicolo del Pubblico Ministero.

Manda alla Segreteria per quanto di competenza

Agrigento, 16 luglio 2019

Il Procuratore della Repubblica
Dott. Luigi PATRONAGGIO

Il Sostituto Procuratore della Repubblica
Dott.ssa Gloria ANDREOLI

si si equi puz ol 16 pff. con
la presenta
E' copia conforme all'originale
Agrigento, il 16-07-2019
IL CANCELLIERE
Dott.ssa Salvatore (Pisano)